

1, 49
Sobre una obligacion ... de pagar una dote, y no averlo cumplido en parte
9 ℓ

P O R

Don Matheo Forteza y Suñer, Caua-llero del Abito de Monteſa,

C O N

Don Iuan Suñer, Cauallero del Abi-to de Calatraua, y Receptor de la Inquiſicion de Mallorca.

EL hecho deſte pleito es breue, y para ſu mayor claridad ſe ſupone en el hecho lo ſiguiẽte.

Lo primero, q̃ dõ Franciſco Suñer casò a doña Franciſca Suñer ſu hija, hermana de dicho don Iuan Suñer, con D. Pedro Forteza, prometiola en dote doze mil libras, y dellas le pagò en diferentes efetos nueue mil y quinientas, y por las dos mil y quinientas reſtantes ſe obligò dicho don Frãciſco a dicho don Pedro ſu yerno, a pagarle dozientas libras de renta, miẽtras no le ſatisfazia dicho principal, de que le hizo eſcritura ante eſcriuano, ſu fecha en tres de Mayo de mil y

 ſeiſ-

ſeiſcientos y onze, que renouò deſpues por otra, ſu fecha en tres de Iulio de veinte y dos.

2 Lo ſegundo, que dicho dō Pedro Forteza fallecio en 20. de Setiembre de 34. y dicha doña Frāciſca ſu muger en 31. de Setiembre de 36. y ambos dexaron por ſu heredero a dicho don Mateo Forteza ſu hijo.

3 Lo tercero, que don Franciſco Suñer y Iuan, por el teſtamento que otorgò en 22. de Setiembre de 35. dexò por ſu heredero a don Iuan Suñer ſu hijo, y ciertos legados a don Mateo ſu nieto, como parece de las clauſulas ſiguientes.

4 *ITEN mando a cautela por derecho de inſtituciō, y por toda parte y legitima, &c. al dicho don Mateo Forteza, Cauallero del Abito de Monteſa mi nieto, hijo legitimo y natural de los dichos don Pedro Forteza, y doña Franciſca, conyuges, aquellas quarenta libras de moneda de Mallorca de renta, a cuya ſolucion en mi fauor eſtà obligada la herencia de don Pedro Iuan, y don Mateo Forteza, abuelo, y padre reſpectiuè del dicho don Mateo mi nieto, por auer yo comprado el dicho cenſo de don Iuan Mir los dias paſſados, como ſe puede ver en la eſcritura otorgada ante el Notario infraſcripto: y juntamente todas las penſiones que ſe me deuerā haſta el dia de mi muerte: y las demas que he pagado al dicho don Iuan Mir, que ſe le deuian de ſu tiempo, como en la dicha eſcritura ſe contiene.*

5 *Y mas le mando al dicho don Mateo Forteza mi nieto aq̄llas tres mil libras, ò reuera las q̄ pague a Pedro Antonio Sanmarti por penſiones que ſe le deuian de ochenta libras de renta, que las herencias de los dichos don Pedro Iuan, y don Mateo tienen obligacion de reſponderle todos los años.*

6 *Y finalmente quiero y mando, que mi heredero infraſcripto firme quitacion y luicion en fauor del dicho D. Mateo, ò del curador, ò la haga firmar al ſeñor Pedro Net,*

A de

de aquellas treinta y dos libras de renta que la herencia de los dichos Fortezas es obligada todos los años en fauor del dicho Net: y la propriedad y pensiones de dichas dozientas libras, quiero que se compensen con otra tanta cantidad que me deue el dicho señor Pedro Net, por pensiones de la renta que me responde. Y en todas las dichas cosas le instituyo mi heredero particular, &c.

7 Lo quarto, que dicho don Francisco Suñer y Iuan fallecio en 10. de Agosto de 37. debaxo de dicha disposicion y testamento.

8 Lo quinto, que don Mateo Forteza despues de la muerte de don Francisco Suñer su abuelo, pidio en el Tribunal de la Inquisicion de Mallorca mandamiento de execucion contra dicho don Iuan Suñer, heredero de dicho don Francisco su padre, por las pensiones, decursas, y reditos corridos de dichas dozientas libras, desde el año de 22. El Inquisidor mandò dar traslado a dicho don Iuan, que reconociendo su obligacion respondio, que se auia de compensar esta deuda con el legado que dicho don Francisco mandò en su testamento a dicho don Mateo, hizose la execucion, y el Inquisidor por su auto condenò a dicho don Iuan Suñer, a que pagasse a dicho don Mateo dichas pensiones, con que dicho don Mateo las compensasse con lo que importaua [el l]egado.

Lo sexto, que don Mateo en quanto a auer manda[d]o hazer la compensacion apelò para el Consejo, introduzida la causa en el, expressò agrauios de dicho auto, pidiò se confirme en quanto a auerle mandado a don Iuan que le pagasse dichas decursas, y que en quanto a la compensacion se reuoque.

10 Lo septimo, que D. Iuan Suñer pretende confirmacion de dicha sentencia, y que tambien se han de compensar ciertas partidas, que supone quedò a deuer don Pedro Forteza padre de don Mateo, en virtud de vn pa-

pel

pel ſimple,ò memoria eſcrita de mano de dicho don Iuan,y para verificarle pide termino,y ofreceſe a probar.

11 Don Mateo ha contra dicho a prueba,y que ex integro ſe dè mandamiento de execucion, ſin admitir ninguna de las dos compenſaciones que intenta don Iuan Suñer.

12 De lo dicho reſultan dos dubios. El primero, ſi ſe han de admitir las compenſaciones que pretende don Iuan Suñer en eſta via executiua. El ſegundo, ſi ſe han de mandar pagar las decurſas, y reditos que deue don Iuan Suñer, ſin q̃ ſe reciba la cauſa a prueba como pretende.

Ad primum dubium.

Si ſe han de admitir las compenſaciones, que pretende don Iuan Suñer en eſta via executiua.

13 LO primero, porque en todas las clauſulas mencionadas no ſe halla que don Franciſco trate de compẽſar eſtos legados con ningun debito, ni con ſupoſicion que era deudor don Franciſco a don Mateo ſu nieto, y aſsi nunca ſe preſume que el legado ſe dà con animo de compenſar, ſino que eſpecialmente ſe expreſſe, l. creditorem, ff. de legat. 2. l. creditor. C. de legat. l. ſi compenſac di, C. de hæred. inſtitut. l. vnica, §. primum itaque, ve Sciendum, ff. de rei vxor. act. Bart. & cæteri commu ter in l. ſi cum dotem, §. ſi pater, ff. ſolut. matrim.

14 Lo ſegundo, porque ſi bien don Franciſco era deudor de don Pedro Forteza, ò de doña Franciſca ſu hija por razon de dichas dos mil y quinientas libras, y reditos dellas, no fue legado a ninguno de los dos, ſino a dõ Mateo nieto, y que a la ſazon quando hizo el teſtamento don Franciſco, era viua doña Franciſca ſu madre, y aſsi no cabe en la capazidad humana, que pudieſſe tener voluntad don Franciſco de compenſar el legado cõ credito

dito que a la sazon no podia subsistir, ni tener accion dō Mateo a cobrança destas decursas, y reditos, y assi quādo llega a executar don Mateo despues de la muerte de doña Frācisca madre, y de dō Frācisco su abuelo, no representa entonces titulo de legatario, sino de heredero de su madre, a quien no se hizo el legado, ni a dō Mateo como acreedor, sino como a nieto, sin relacion a acreedor, que entonces no era possible serlo, y assi no ay cōpensacion de debito por vn titulo al credito que por otro le conpete, aunque ambos fueran de su naturaleza exequibles, vt singulariter tenet Rota Romana decis. 35. post tractat. Gallesij de camerali obligat. nu. 3. ibi: *Neque hæc exceptio visa fuit obstare, quia ista declaratio quod societas spectabat ad Altouitum, censetur facta in fauorem Altouiti nomine proprio, & sic nihil cōmune habet cum ratione bancaria; quæ est quid diuersum à socijs consideratis tāquam particularibus personis; & de debito particulari non fit compensatio ad debitum sociale, Rota Ianuen. decis. 26. num. 3. Salicet. in l. eius num. 3. C. de cōpensat. Soc. Sen. cons. 65. in fine, vers. Postremo, lib. 4. & cons. 73. num. 9. in fin. & num. 10. lib. 1. Altouitus enim duplicem personā representat diuersis respectibus, nempè propriam, & socij, & sic quod nomine proprio gessit, non debet ad societatem referri, Socin. in l. cum filio numer. 28. post med. vers. Secunda ratio. ff. de legat. 1. Sur... s cons. 183. num. 42.*

Igitur nō tienē sociedad entre si estos titulos de legatario, heredero, y acreedor, porque acreedor no lo es como legatario, ni por legatario representa la persona de heredero, y acreedor, porque aunque en vn sugeto cōcurren ambos a dos titulos, tienen formal distinciō, y diferencia, l. tutorem, ff. de is quibus vt indign. Pereyra decis. 2. cum pluribus alijs. Y assi como legatario pedirà su legado, y aora como acreedor los reditos, sin que se le pueda compensar, pues como don Mateo nieto no

emba-

embaraça el titulo de heredero, y acreedor, vt tenẽt singulariter Surdus decis. 153. n. 16. ibi: *Vbi enim iura duorum sunt in eadem persona, tunc ea remanent distincta, & non confunduntur, sed considerantur, ac si duæ essent personæ, l. 1. vbi Bald. ff. consul. Socin. in l. cum filio fam. num. 28. post med. atque ibi Crauet. num. 396. ff. delegat. 1. dixi in cons. 183. num. 42. Quod ergo fecit tanquam referendarius, non debet haberi pro eo, ac si illud fecisset, tãquàm procurator; vt optimè declarat Crauet. loco prædicto, & dixi in cons. 91. num. 19.*

16 Lo tercero, porque accedendo magis ad magis à nuestro intento formalmente don Francisco quando hizo este legado, no era deudor desta cantidad a don Mateo, sino a doña Francisca su madre, viua a la sazon, y assi vendria en suma a ser deudor sub conditione, vel in diem, y assi no se admite compensacion en este caso, como por el mesmo respeto, ni el legado del abuelo hecho al nieto con la legitima, respeto de que viuiendo el padre, no era deudor el abuelo della, Carlus Ruin. singulari in cons. 58. vol. 2. num. 24. ibi: *Non obstat etiam dum dicitur quod testator præsumitur reliquisse tertiam partem filiabus Augustini animo compensandi cum legitima eis debita ex persona patris, l. si cum dotem, §. si pater solut. matrim. quia tempore testamenti, & etiam mortis testatoris dictis filiabus non erat legitima patris eorum illis debita, sicut nec reliquum patris patrimonium, quo pater illorum adhuc viuebat, vt not. Bart. in l. is p. test de acquirend. hæredit. & per consequens dici non potest quod relictum eis factum fuerit animo compensandi cum legitima eorum patris, vt deciditur in specie ex not. per Alex. in l. huiusmodi, §. cum pater delegat. 1. vers. 3. potest limitari, &c. vbi vult quod licet legatum factum filiæ præsumatur relictum animo compensandi cum dote, d. §. si pater. Hoc tamen limitat quando legatum fuit filiæ factum quæ adhuc non erat nubilis ætatis: quia cum*

dos

dos adhuc filiæ non esset debitã, l. quod pupillæ quãdo dies lega. ced cessat illa necessitas legalis, propter quam præsumitur animus compensandi. Præterea legitima filij nõ erat debita ab auo filiabus Augustini ex persona illius, neque ex personis earum, quia primum locum non tenebant tempore testamenti. Latè Menoch. de præsumptionibus, lib. 4. præsumpt. 109. num. 57.

17 Sin que obste dezir, que entonces no se admite compensacion, quando el debito es voluntario, empero si quando el debito se origina de obligacion precisa, como es la dote, que estan obligados los padres a constituirsela a las hijas, que en este legado se compensa con este debito, ex his quæ lata manu congesserunt, Mantica de conjecturis vltimar. volunt. lib. 10. tit. 2. num. 5. ex dicta l. si cum dotem, §. si pater, ff. solut. matrim. l. huiusmodi, §. cum pater, ff. delegat. 1. l. Titia cum testamẽto, §. qui inuita, ff. delegat. 2. l. fin. de dot. promissione, Marta de success. legali, 1. p. q. 13. artic. 6. à num. 44. & in cons. 85. per totum præcip. à num. 5. cum alijs, que no obstan, ni hazen, ni pueden al proposito.

18 Lo primero, porque como deziamos poco hà, don Francisco Suñer, abuelo de don Mateo, no le mirò para dexarle estos legados como a acreedor de la dote, porque no le era deudor della: y assi quando acude dõ Mateo a pedir las decursas, es como heredero de doña Frãcisca, y como legatario intentara esta accion, como si fuera vn estraño: y assi no puede auer compensaciõ de los reditos que se le deuen como a heredero, con los legados que se le han de pagar como si fuera estraño, vt in terminis tenet Oldrad. singulari in cons. 297. à n. 1. ibi: *Primo certum est, quod filia patris creditrix erit, sicùt mater, cui successerat. Sed cum debitor creditori legat, nõ præsumitur animo compensandi relictum: vt ff. delegat. 2. creditorem delegat. 2. Lucius, & innititur satis de hæredi. instit. l. si non compensandi. Ergo de iure communi vide-*

videtur fundata intentio Bonetæ. Secundò verba testamenti huic dispositioni non obstant: quia pater loquitur de filia, vt filia, sicut ad eam sermonem dirigit, quia nō refert, cum quo testator de supremis suis loquitur. Sed in genere voluntas, & intentio dirigatur, vt ff. de leg. cum pater. §. donationes, & l. miles. in princip. ergo ei, vel de ea loquens videtur eam excludere propter dotem, & legata ab omni eo, quod ei debebatur, vel deberi poterat, vt filiæ, arg. eorum, quæ leguntur, ff. de pact. auus, & l. si hæredi, §. nos autem in fin. & l. si tibi decem, §. si pactus, & ibi plenè no. Sed ad dotem matris venit Boneta, non vt Ferrarij filia, sed vt extranea: ergo, & c. argu. ff. ad Trebell. debitor circa fin. & de libero homine exhibend. l. 2. §. si cum quis, & de his, quibus vt indign. l. tutorem.

19 Lo mesmo tiene Menochio, con Alexandro, Aretino, y otros in cons. 162. num. 27. ibi: *Quod si testator nupsit filiam, & dotem genero promisit soluere: & deindè simpliciter aliquid legauit ipsi filiæ, quod non præsumitur factum legatum animo compensandi, ex quo dos erat debita genero, sicque vni personæ, & legatum factum est filiæ, sicque alteri personæ diuersæ. Ita ergo dicendum est nostro in casu.* Et de præsumption. lib. 4. præsumpt. 109. num. 32. ibi: *Declaratur quinto, vt non procedat hoc exemplum, quando dos fuit promissa genero, & legatū factum fuit filiæ. Nam tunc legatum non præsumitur factum animo compensandi cum ipsa dote. Ita scripseru[nt] Alexan. & Ias. quos retulit, & probauit Curtius Iunio[r] in Authentic. præterea num. 23. vers. Vltima difficultas, C. vnde vir & vxor, & ibidem Pepus num. 46.*

20 Lo segundo, porque si bien a los padres les incumbe tratar de poner en estado a las hijas, y darles dote cōpetente según su estado, l. qui liberos, ff. de ritu nuptiar. l. fin. vbi Doctor. C. de dot. promis. glos. in l. cum post, §. gener. verb. Placuit, ff. de iure dot. & in l. neque mater, C. eod. tit. & in l. cum pluries, §. penult. verb. Alio, ff. de

ff. de administrat.tutor.l.8.l.9.tit.11.part.4. Clemens de patria potestat.effect.11.num.11.esta accion,y obligacion no compete a las hijas iure actionis, sino officio iudicis,d.l.9.tit.11.part.4.Bart.in l.mulier,§.cum proponeretur,ff.ad Trebel. glos.Castrẽs.& Alex.in l.si socer,ff.solut.matr. Clemens de patr.potest.d.effect.11. num.11.Roxas plures allegans in epitom. succesion. cap.5.num.6.

Y el padre no puede ser compelido, neque officio iudicis,sino es quãdo es negligẽte en tratar de poner en estado las hijas,l.3.ff.de iure dot.l.9. tit.11.part.4.Bald. Nouell.in tract.de dote priuileg.18.part.6.Boer.de cis. 130.num.4.& 5.Alexand.in d.l.mulier, §.cum proponeretur,à num.4.& in l.à filia,num.9.ff.ad Trebellian. Clemens de patr.potest.d.effect.11.num.11.

21 Y entonces se reputa el padre por negligente,quando difiriò de dotar,y casar a las hijas,vsque ad 25. ann. ex Authentic.vt cum de appellat.cognoscitur, §. aliud quoque in fin.ibi: *Si vero vsque ad 25.annor. ætatem peruenerit filia,& parentes distulerint eam marito copulare*,l.5.tit.7.par.6.ibi:*Pero si el padre alongasse el casamiento de su hija,demanera que ella passasse de edad de veinte y cinco años*,luego el padre hasta esta edad no se podra reputar por negligente,ni la hija compelerle a q̃ la dote,y case,l.si filiam 19.iunct.authentic. sed si post posita,C.de inofficios.testam. Sanchez de matrim. ...4.dispu t.24.num.3.& 5.

De lo qual se originan dos conclusiones igualmente ciertas en derecho.

23 La primera,que la obligacion de los padres no es tan precisa,pues no los pueden compeler iure actionis a dotar a las hijas,sino que esto ha de ser officio iudicis, vt supra diximus,& cum multis tenet Fachineus controuersiar.iur.lib.13.cap.78.per totum. Y que esta accion que compete officio iudicis es subsidiaria,l.cum fi-

 lius,

lius,ff.si cert.petatur,cum alijs Costa de remed. subsidiar.remed.33.à n.1. cũ alijs,y en defeto de q̃ el padre sea negligente en dotarla, y casarla passados los 25. años, Tiraquel.de legib.connubialib. l.6.glos.1.part.6. num.39.

24 La segunda,que casandola el padre antes de ser cõpelido officio iudicis,y antes de los 25.años,por las mesmas leyes este acto,y la accion de la dote no se puede reputar por preciso,sino voluntario,vt in terminis tenet Barbos.in l.1.4.par.num.5.præcip.à num.23.ff. solut. matrim.ibi: *Et eodem modo respondetur ad aliam ponderationem supra relatam:nam cum pater ex solo iudicis officio teneatur filias dotare,vt supra probauimus, succedit regula,quod iudicis officium non est in consideratione,antequam sit impetratum,l.cum postulassem 44.in princip. ff.de damn.infect.si ergo pater dotet filiam antequam prædictum iudicis officium impetretur merito,dicitur vsus liberalitate;vt etiam probat.l.cognouimus,C de hæretic.l. 2.C.de bon.quæ liber.l.fin.§.si à socero.ff. quæ in fraud. creditor.aduertit Soci. Iunior hic num.162.ad finem,& hac etiam ratione id quod debetur per iudicis officium, antequã prædictum officium imploretur, non consideratur tanquam debitum,vt in specie obseruant Alexand.l.si cũ dotem in princip.num.10.ff.eod.Ripa l.2.§.si sponsanũ 14.ff.de priuil.creditor.& ante eos Fulgos. l.sine vx ff.de donationib.inter virum.* Y aunque en el num. juzga por impropria esta liberalidad,tamen en el me mo numero reconoce que tiene este acto mucho de liberalidad,solo porque no es iure actionis,sino officio iudicis la que le compete a la hija para obligar al padre a que la dote,y case,y esto sin la consideracion ceñida, de que no se reputa por negligente el padre mientras no han passado los veinte y cinco años, termino estatuido por la ley para que dentro del la case el padre,y passado, puede la hija,sino lo huuiere hecho, casarse, y pedir la dote.

Luego

25 Luego consequencia parece precisa y necessaria, q̃ quando este legado fuera mandado a doña Francisca Suñer, hija de don Francisco, y no a don Mateo su nieto, adhuc tamen se podia juridicamente dezir, que este legado no se podia compensar con la dote, pues no estando verificado y probado que doña Francisca se casasse por su autoridad, post lapsum tempus 25. annor. y pedido la dote officio iudicis, que no era este acto preciso, ni la obligacion de la dote por parte de don Francisco acto necessario, sino obligacion en su principio voluntaria, que esto basta para que el legado se compense, Mantica d. lib. 10. tit. 2. de coniectur. vltimar. volunt. num. 3. & 4. Surdus conf. 112. à num. 41. Y assi no constando con euidencia que don Francisco dexasse este legado a don Mateo animo compensandi con la dote, la jurisprudencia no admite compensacion, ex d. l. creditorẽ, ff. de legat. 2. Menoch. conf. 162. num. 22. cum seq.

26 Lo tercero, porque del tenor de las mesmas clausulas se colige, que don Francisco quiso y precipuamẽte, que don Mateo tuuiesse para si estos legados: y si como sucedio morir doña Francisca su madre antes de morir don Frncisco, muriera el, y no doña Francisca, viniera a ser este legado innane, e illusorio, pues don Mateo no venia a auer nada del, y lo mesmo en el accidẽte que sucedio: y assi se ha de interpretar en fauor del legatario, l. si quando in princip. ff. de legat. 1. l. Mæuius in princip. ff. de legat. 2. l. qui concubinam, §. qui hortos, ff. de legat. 3. Y assi no se ha de admitir compensaciõ, vt in terminis cum multis tenet Mantica de cõiectur. lib. 10. tit. 1. num. 6. & tit. 2. num. 1. Menoch. d. conf. 162. num. 26.

27 Lo quarto, porque las decursas que deuia don Francisco, eran liquidas, y dinero efectiuo, satisfacion y paga: las de los legados liberaciones, y acciones a otros creditos no tan liquidos, ni efectiuos como los que dõ

Fran-

Francisco deuia: y assi no se puede entender que en este caso quisiesse don Francisco que don Mateo compessasse, quando entõces fuera acreedor decãtidad liquida, y en diferente genero de paga que la que el deuia, l.fin. C.de compensationib. el señor Presidẽte Couar. in cap. officij, n. 8. vers. Posset verò, de testament. cum Corn. Capra, Oldrad. & alijs, tenet Menoch. d. cons. 162. numer. 24. & singulariter Surdus cons. 112. à num. 56. & num. 62. ibi: *Et quamuis prædicti loquantur, quando debitum est in quantitate, legatum vero in specie. Idem tamen est quando vtrumque est in specie, quia non minus prohibetur compensatio de specie ad speciem, quam de specie ad quantitatem, vt supra dictum est, vtroque enim casu militat prohibitio. Quinimò Corneus in cons. 588. colum. fin. vers. Item sunt diuersæ, volum. 1. ait, quod vbi tã debitum, quam legatum in quantitate consistunt non tamen sit locus compensationi, si debitũ sit in vna specie monetæ, & legatum in alia, vt quando debitum est in ducatis, & legatum in aureis: quod etiam tenet Socin. Iun. in cons. 79. num. 85. ver. Imò potest forte, vol. 3. Phanuc. d. gloss. 8. num. 94.*

28 Lo quinto, porque el amor y aficion que don Francisco tenia a don Mateo su nieto, era grande, notorio, y conocido, y este destierra qualquier sospecha de compẽsacion, quando estuuieramos en duda, vt tenent in terminis Surdus d. cons. 112. à num. 47. Menoch. d. cons. 162. num. 25. ibi: *Atqui ob dilectionem, & affectionem testatoris erga legatarium, quod legatum est, non animo compensandi dicitur legatum, sed vt illud iure legati habeat. Ita ex sententia Cornei, & Socini Iunioris scripsi in cons. 56. num. 18. & illis nunc addo Oldradum in cõs. 297. num. 3. ergo idem dicendum est nostro in casu.*

29 Lo sexto, porque de lo dicho se infiere, que esta excepcion de compensacion que opone don Iuan, no es liquida como la accion que tiene intentada don Mateo,

por-

porque en esta no ay duda, ni la pone don Iuan: en la excepcion se ponen infinitas dudas, y es mas constante, claro, y euidente, que no deue admitirse esta compensacion, y quando no obre otra cosa lo disputado, referido y mencionado, que poner en duda esta excepcion, basta para obrar su exclusion total della, o remitirla, o reseruarla para el juizio ordinario, quia quando sumus in iure obscuro varias recipiẽte interpretationes, & in quo sint variæ interpretum opiniones, tunc enim quæstio iuris æquiparatur quæstioni facti, & ea non admittitur in hoc iudicio executiuo, & summario, Menoch. cons. 478. num. 55. Surdus cons. 252. num. 10. & 11. cũ multis Argelo de acquirend. possess. quæst. 2. art. 4. numer. 154.

30 Conforme a lo qual, esta compensacion no se ha de admitir, ni la segunda que en esta instancia ha deduzido don Iuan Suñer.

31 Tùm, porque esta no es liquida, ni consta della, l. fin. C. de compensationib. l. 20. & 21. tit. 14. part. 5. cũ pluribus Rodriguez de execut. cap. 6. num. 10.

32 Tùm, porque esta compensacion no se opuso en la primera instancia, ni en el termino della, y passado no se admite, glossa in l. Bebius Marcellus, ff. de pact. dotal. ibi: *Alia instantia expiriri debet*, vbi Bald. & cum multis Giurba decis. 10. a num. 1. cum alijs, Rodriguez de execut. d. cap. 6. num. 28.

Ad secundum dubium.

Si se han de mandar pagar las decursas y reditos que deue don Iuan Suñer, sin recebir la causa a prueua, cocomo pretende dicho don Iuan.

37 LO primero, porque este pleito en la primera instãcia ha sido y es executiuo, y en esta segunda no muda, ni

puede esta naturaleza, Puteus singulari in decis. 416. numer. 3. lib. 2. ibi: *Quia causa semel effecta summaria in prima, remanet etiam in secunda, etiam si non dicatur*: latè Salgado de Regia protect. 3. par. cap. 4. num. 42. ibi: *Ac propterea, quando causæ summariæ in prima instantia pariter, etiam in secunda erit summaria.*

34 Lo segundo, porque deste principio nace, que no se puede, ni deue recebir la causa a prueua en segunda instancia, sino que de los mesmos autos se ha de reuocar, o confirmar, vt in terminis tenet el señor Presidente Couarr. practic. cap. 23. num. 9. in fine, ibi: *Admittitur vero appellatio à iudice ad quem fuit prouocatum, vt prior sententia reuocetur, vel confirmetur, cuius equidem quæstionis cognitio summariè tractatur ita quidem, vt inuito, ac renitente ipso, contra quem pronuntiatum est, nusquam admittatur aduersarius ad probationem. Quia semel executioni tradita sententia, apud iudicem appellationis agendum est, an iuxta formam à lege Regia præscriptã fuerit facta executio. Lex autem Regia semel tantum, & intra decem dies probationem admittit, idcirco non aliter est instrumentum mandandum executioni, quam eadem forma seruata, quã ratione quoties qui appellat allegãs, nõn fuisse factam executionem secundum Regiam constitutionem, grauamen hoc ex ijsdem actis, non ex nouis erit diffiniẽdũ, quia si iudex facto potius, quã iure processi probationis iustificatione, quod adnotare videntur, Bal. Salic. & Ias. n. 9. in l. si pacto quo pœnã, C. de pact. text. opt. in l. 1. §. 1. ff. si mul. ventris nom. glos. insignis in l. minor. in princip. ff. de euict. vbi est text. cuius plerique meminere, præsertim Alexan. in l. de vno quoque, ff. de re iudic. col. penult. & in l. quod iussit, col. 9. eod. tit. Ioan. Baptist. in tract. de debit. susp. & fugit. quæst. vlt. Bertrand. in cõs. 177. in noua parte, Felin. in cap. qualiter in primo, de accusat. col. 7. Hinc etiam fit, vt ille contra quem mandata est executioni sententia lata super instrumenti*

publici executione admittatur ad probationẽ, si ea vti velit, etiam aduersario refragante, potest enim proprio iure renuntiare. Quod si sententia in hac specie lata, non fuerit executioni tradita, non erit qui appellauit admittendus ad probationem altera parte contradicente, in cuius gratiam tunc dum instrumenti executio facta omnino nõ est negatur alteri probatio in appellationis iudicio, atque hæc praxis frequentissimè recepit. Idem tenet cum multis Marchesan. de commission. tit. de commiss. appell. ab obligat. Camerali 1. part. §. 1. à nu. 143. cum duob. num. sequentib.

35 Lo tercero, porque en esta conformidad los señores juezes de la segunda instancia han de mandar executar este instrumento, sin admitir la compensancion, tan quam in prima, Parlador. lib. 2. rer. quotidian. cap. fin. 5. part. §. 15. num. 7. Gõçalez in regul. 8. glos. 6. à num. 232. Gratian. discept. Forens. cap. 103. per totũ, & decis. 204. à num. 5. Salgado de Regia protect. 3. par. cap. 4. ferè per totum princip. à num. 27. cum alijs.

36 Sin que obste dezir que se ha procedido en via ordinaria, y que assi se ha de regular por ordinario el pleyto, respeto de que consta lo contrario por la inspeccion del, y que siempre se pidio execucion, y el mesmo juez mandò se hiziesse, y se passasse adelante a la execucion, y aunque huuiera hecho lo contrario, no obraua cosa alguna, porq̃ los juezes no pueden alterar con sus procedimientos el origen de la causa, ni hazerla ordinaria, siendo executiua, vt in terminis tenet Domin. Francisc. del Castillo singulari in decis. 198. num. 2. ibi: *Quinimo, & si ordinariè in toto processu causæ fuisset processum non ex hoc causa erit appellabilis, quia secundum nostrates, & quidem communiter non modum procedendi, sed natura causæ attenditur, & consideratur: Ita Ioan. Aloys. de septimo super rit. cap. 139. vbi refert: Ita fuisse sæpè sæpius iudicatum, ea ratione, quia si causa ex sui na*

tura

tura est sumaria, non quia fuit processum ordinariè alteratur natura causæ, vt de non appellabili fiat appellabilis, quia inspicitur origo, & natura ipsius causæ. Idem dixit Boniorn. sup. cap. 140. vbi dicit: *Quod ritus cõsiderat naturam causæ, & causæ sumariæ, de quibus in cap. 139. habent naturam, quod non sint appellabilis, & ita pariter refert fuisse decisum: & idem dixit Prouinzal super prædict. rit. & ita fuisse decisum per magnam curiã in causa Ioannis de Fisingerio.* Giurba decis. 49. num. 24. ibi: *Respondeo secundo, quod vbi de sui natura causa non est appellabilis, procedendi modum inspicere non debemus, qui semper præualet natura causæ rit. 140. Petrus Gregor. de iud. caus. feud. quæst. 10. Cuma. ritu 79. num. 40. Afflict. in constit. si quis in posterum, num. 59. rub. 17. lib. 2. Grat. cons. 17. vol. 2. Tritum quæ est apud omnes axioma illud, quod procedendi modus non alterat naturam causæ, comprobat Petr. Gregor. de iud. caus. feud. q. 21. in fin. Sed cum de fine executionis, & sic de potissima iudicij executiui parte sit quæstio licet ordinariè actũ sit, causa non est appellabilis sicuti à sui exordio exequutiua pro creditore fuit, vt in possessionem mittatur.* Y assi parece, que se ha de mandar que se le paguen a dõ Mateo dichas decursas, sin admitir dichas compensaciones, ni la prueua que sin fundamento se ofrece. Salua in omnibus, &c.